

# «LA JUSTICIA PENAL CONSENSUADA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL»

Jean Pierre Matus Acuña\*

## Introducción

**E**l tema de esta ponencia plantea una serie de cuestiones que serán abordadas directamente desde la perspectiva de su operatividad en el Código Procesal Penal que se encuentra actualmente en discusión en el Senado de la República, pretendiendo ofrecer no una disquisición teórica acerca de las ventajas y desventajas del consenso como base de las salidas alternativas o negociadas al sistema procesal penal,<sup>1</sup> sino una descripción de los estímulos legales y factuales que podrían permitir la plena incorporación de la negociación o de la mediación como sustitutos al proceso penal o a la pena.

\* Jean Pierre Matus es Doctor y Magister en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca, y Profesor Instructor de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> Al respecto puede consultarse en la literatura nacional los trabajos de Duce J., Mauricio: *Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 171-264, con abundantes referencias bibliográficas, y Horvitz, M° Inés: *Algunas formas de acuerdo o negociación en el Proceso Penal: Tendencias de Derecho Comparado*, en Revista de Ciencias Penales, t. XI, N° 2, Santiago 1994, pp. 27 a 40. Para una visión del Derecho Comparado, desde la perspectiva de la reparación, pueden verse los trabajos de Roxin, Claus: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en Maier, Julio (ed.): *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires 1992; y la obra de Larrauri, Elena: *La reparación*, en Larrauri/Cid: *Penas Alternativas a la prisión*, Barcelona 1997.

Si aceptamos una definición simple de la voz “consenso” como acuerdo entre partes, podemos ver en el articulado del Proyecto de Código Procesal Penal una serie de instituciones en que el acuerdo entre algunos de los intervinientes en el proceso puede producir su paralización (oportunidad, suspensión condicional, acuerdos reparatorios) o su abreviación, evitando el juicio oral (procedimiento abreviado). Estas serán las instituciones objeto de nuestro análisis. Sin embargo, su inserción en el ordenamiento jurídico nacional y los mecanismos que para su realización práctica se preveen, se encuentran fuertemente condicionados por el contexto en que se desenvuelve nuestra reforma procesal, el que permite explicar algunas de las aparentes contradicciones que la regulación de dichas instituciones contempla.

## 1. El contexto de la reforma procesal penal: el problema de los objetivos contrapuestos

Según resumía el pasado año Cristián Riego, uno de los principales impulsores de nuestro proceso de reforma penal, en él confluirían “un conjunto de diversos intereses, que incluso pueden ser vistos como contrapuestos”.<sup>2</sup> Así,

<sup>2</sup> Riego R., Cristián: *La Reforma Procesal Penal Chilena*, en Cuadernos de Análisis Jurídico n° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 15-49, p. 31.

sobre la base del diagnóstico común de que nuestro actual sistema procesal penal se encuentra “colapsado”, al decir de don Mario Garrido Montt,<sup>3</sup> se puede encontrar entre los promotores de la reforma, quienes esperan con el cambio “contribuir a la seguridad pública y otorgar mayor protección a las víctimas de los delitos”, junto con los que esperan “introducir estándares de respeto por las garantías individuales, controlar la actividad de la Policía y reducir el uso de la prisión preventiva”.<sup>4</sup> Finalmente, se añaden a esos propósitos no sólo lograr mayor transparencia en la administración de justicia, sino aún reducir los costos de la misma, medidos en variables de rentabilidad social.<sup>5</sup>

La búsqueda de mecanismos de “salidas consensuadas” al proceso penal parece encuadrarse, como toda la reforma, en el marco de esa pugna latente entre los objetivos de reducir el uso de la prisión y dar plena satisfacción a las “víctimas” del delito, de respetar las garantías individuales pero aumentar la seguridad ciudadana, de reducir costos pero respetar la voluntad de las “víctimas” de obtener una condena.

De hecho, la revisión de la evolución legislativa que hasta el momento han tenido dos de las instituciones en que aparecen las ideas

de negociación y consenso, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, se nos presenta como un proceso sistemático de reducción del alcance de dichos institutos,<sup>6</sup> con el agravante de que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento se aumenta el rigor de las condiciones a imponer, lo que, como veremos más adelante, constituye un estímulo para no acceder a esta salida alternativa. En este caso, en el choque entre la postura ideológica que procuraba introducir mecanismos de solución de conflictos sociales alternativos a la prisión y las presiones políticas de un rigorismo penal fundado al parecer en el temor a un reblandecimiento de los mecanismos de control social del “fenómeno de la delincuencia”, ha llevado las de perder la primera.

Sin embargo, lo acontecido con las “salidas alternativas” no es casualidad, ni constituye una excepción dentro del Proyecto de Código Procesal Penal aprobado por la Cámara de Diputados, según lo demuestra la similar suerte que en su trámite legislativo corrió la regulación de la prisión preventiva, y de las alternativas que a ella se ofrecen.

Según escribía en 1764 Beccaria, la cárcel, como “simple custodia del ciudadano hasta tanto que sea condenado... siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda. El menos tiempo debe medirse por la necesaria

<sup>3</sup> Garrido Montt, Mario: comentarios, en *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*, CPU-FCP UDP, Santiago 1993, pp. 125.

<sup>4</sup> Riego, op. y loc. cit...

<sup>5</sup> Vargas, Juan Enrique: *La reforma de la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*, en Cuadernos de Análisis Jurídicos n° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 55-170, p. 106.

<sup>6</sup> Duce, op. cit., p. 240, con detalles sobre las modificaciones introducidas a dichos institutos desde los planteamientos iniciales hasta la aprobación del texto legal respectivo por parte de la Cámara de Diputados.

duración del proceso y por la antigüedad que da derecho el ser juzgado antes. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. El mismo proceso debe acabarse en el menor tiempo posible".<sup>7</sup> Para hacer efectivo este ideal liberal, el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal ofrece algunas alternativas a la prisión preventiva en su artículo 185,<sup>8</sup> y limita el uso de ésta en sus artículos 171, según el principio de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena esperada y la medida cautelar, y en el 181, siguiendo aquí el principio de que, siendo igual de grave la pena que la medida cautelar, la prisión preventiva no debe exceder temporalmente la pena a imponer efectivamente. Sin embargo, estas limitaciones que ya están siendo discutidas en el Senado<sup>9</sup>, se enmarcan dentro de un régimen que no garantiza en absoluto la disminución de su uso por parte del Ministerio Público (y su concesión por los Jueces de Garantía). Ello, porque en primer lugar, el fondo de la decisión sobre la libertad provisional seguirá siendo el mismo que hoy día rige, según la última reforma introducida al artículo 363 del Código de Procedimiento Penal: la pena probable a cumplir lo que inclinará a mantener la prisión preventiva todo lo que sea necesario para adecuarla al castigo previsible (artículo 170).

Además, se debe tomar en cuenta que

seguramente nuestros legisladores querrán incorporar al nuevo Código Procesal Penal las nuevas reglas sobre libertad provisional del Proyecto Pickering, actualmente en trámite, que hacen aún menos accesible la libertad a quienes se encuentran en prisión preventiva.

Por si esto fuera poco, hay que hacer notar que una postura estrictamente basada en el peligro de fuga, atendida la escasez de medios de los "clientes" habituales del sistema penal, no podría basarse en la mera imposición de elevadas fianzas, pero tampoco en el control físico, pues no parece descabellado afirmar que falta capacidad operativa actual en la policía y faltará en el futuro del Ministerio Público para controlar efectivamente a quienes se encuentren en libertad esperando un juicio; por lo tanto, ambos factores podrían inducir a mantener más gente en prisión preventiva que la que se encuentra actualmente, cuando se considera como criterio principal el de la pena probable. Este es el riesgo que corren las medidas del artículo 185, pues ellas sólo permitirían reducir la prisión preventiva si fuesen efectivamente controlables. Y a menos que se adopten en serio sistemas de control electrónico,<sup>9</sup> no existen indicios de que la Policía o el Ministerio Público estén dispuestos a distraer sus funcionarios en la vigilancia del cumplimiento de medidas tales como presentación periódica ante el juez, prohibición de comunicarse con personas

<sup>7</sup> Beccaria, Cesare: *De los delitos y de las penas*, trad. De Juan Antonio de Las Casas, Alianza Ed., Madrid 1990, p. 61.

<sup>8</sup> Los artículos del Proyecto que se citan, se toman del Boletín N° 1630-07-01 de la Cámara de Diputados.

<sup>9</sup> Sobre el control electrónico, véase Escobar M., Gonzalo: *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*, en Larrauri, Elena /Cid, José: *Penas Alternativas a la Prisión*, ed. Bosch, Barcelona 1997, pp. 197-225.

determinadas, etc.<sup>10</sup> Ni siquiera la regla del artículo 181 del Proyecto parece ofrecer grandes esperanzas, pues la revisión de oficio que se impone, “cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar”, no obliga a decretar la libertad del inculcado, sino sólo a “revisar su situación”, decretando su terminación “cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado”. ¿Pero cómo dejará de ser “peligroso para la sociedad” un inculcado de un día para otro?<sup>11</sup>

Pero más allá del problema de la prisión preventiva se presenta el que constituye el punto de quiebre del sistema acusatorio mixto diseñado en nuestro Proyecto de nuevo Código Procesal: la creencia de que el nuevo sistema será más garantista que el actual marcadamente inquisitivo, ofrecerá soluciones alternativas y al mismo tiempo, será más eficaz contra la delincuencia.

Sobre este último punto, hay que señalar con claridad que a un sistema de enjuiciamiento

criminal no se le puede exigir el control de la violencia o de la delincuencia, pues no es ese su objetivo. Será una gran desilusión para algunos constatar en el futuro la persistencia de los “partes de mesón”, transformados ahora en causas “archivadas provisionalmente” (artículo 241), con la diferencia que mientras el “parte de mesón” no requiere despliegue de actividad procesal, el archivo provisional sí exigirá al menos la dictación de una resolución del Ministerio Público que así lo declare. Lo que es una señal de aparente eficiencia en la administración de recursos no es necesariamente una señal de lucha eficaz contra la delincuencia, al menos como se entiende ésta en los medios de comunicación. También resultará sorprendente para los que quieren obtener “condenas rápidas y ejemplarizadoras” descubrir que sólo quienes puedan ser favorecidos con una medida alternativa a la prisión —que no se entiende hoy en día precisamente como algo “ejemplarizador”— serán los principales interesados en una salida alternativa o en un procedimiento abreviado, para librarse rápidamente del “peso de la ley”; en tanto quienes arriesguen efectivas

<sup>10</sup> Eso, sin contar con la dudosa constitucionalidad de sujetar a una persona “a la vigilancia” de otra o de una “institución determinada” (Artículo 185 b) del Proyecto).

<sup>11</sup> De todos modos, no es posible fiarse de reglas que limiten temporalmente la prisión preventiva, con fijación de plazos máximos de duración. Aquí resulta significativo el ejemplo de Italia, donde a partir de las limitaciones temporales legales de la prisión preventiva, ésta llegó a alcanzar máximos de un 70% de la población carcelaria en 1982, para descender al 50%, aproximadamente, a partir de 1988. Lo curioso de estas cifras es que coinciden, al menos las últimas, con nuestras propias estadísticas judiciales (Según el Compendio Estadístico de la Población Atendida por Gendarmería de Chile del año 1998, del total de la población reclusa en ese año (23.485 personas), el

53, 4% (12.514 personas) correspondió a detenidos y procesados sin condena). Según Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid 1995, p. 771, “esto significa que los plazos han actuado, más que como límite máximo, como límite mínimo de la detención preventiva y de la duración de la causa, o, lo que es lo mismo, como autorización implícita para alentar los procesos y para mantener al imputado en prisión durante toda su duración”. Más información al respecto, puede verse en Matus, Jean Pierre: *Cultura y transición: las resistencias de una “cultura inquisitiva” en la transición hacia una justicia penal republicana: oportunidades y amenazas para una mejor justicia criminal*, en Revista *Universum* 1999, en prensa.

penas de prisión preferirán siempre un juicio donde exista alguna posibilidad real de lograr la absolución. Más aún, será un verdadero “balde de agua fría” constatar que, como señala Riego, citando un estudio norteamericano, “aún en los países desarrollados, la capacidad de la justicia criminal para identificar a los sospechosos de los delitos y luego obtener su persecución y condena sólo alcanza a un porcentaje bastante pequeño de los casos denunciados, cifra que a su vez es sólo una proporción de los delitos cometidos”.<sup>12</sup> Así, el estudio de Zeizel que cita Riego señala que en la ciudad de Nueva York, durante la década de los 70, de un número de 1000 delitos cometidos, sólo 540 fueron denunciados a la Policía, de ellos, sólo 65 dieron lugar al arresto de un sospechoso y sólo en 36 casos se llegó a una condena. Es cierto que estas cifras varían proporcionalmente cuando se desagregan por delitos, pero esta variación sólo añade incertidumbre acerca de las reales posibilidades de la reforma penal para actuar eficazmente en la lucha contra el delito: los hechos punibles que menos posibilidades reales tienen de ser descubiertos, salvo que se sorprenda al autor in fraganti, son aquéllos que más parecen “preocupar” a la población: los atentados contra la propiedad, con o sin violencia. En esta materia, como reconoce Riego, el Ministerio Público sólo puede colaborar indirectamente, brindando la mejor atención posible a las víctimas.<sup>13</sup>

En este contexto, no cabe rasgar vestiduras

y acusar a la Cámara de Diputados de “incoherente” con los objetivos y fines trazados para la reforma al limitar el alcance de las ya precarias “salidas alternativas” del Proyecto,<sup>14</sup> si desde el texto del Mensaje que lo acompañó se planteaban éstas “todavía limitadamente”,<sup>15</sup> y el aumento de la seguridad ciudadana se consideraba uno de los objetivos principales de la reforma.<sup>16</sup>

## **2. Justicia penal consensuada (I): Posibilidades de una forma de justicia penal negociada entre el Ministerio Público y el imputado.**

### **2.1 El procedimiento abreviado**

Como paradigma de la negociación entre el ministerio público y el acusado, el procedimiento abreviado se presenta como un proceso donde, por una parte, el acusado ofrece renunciar a su derecho al juicio oral, reconociendo los cargos que se le imputan y las pruebas en que se fundan, y por otra, el Ministerio Público renuncia a la pretensión de que se imponga el máximo de la pena posible, limitando su acusación a hechos menos graves o a una pena inferior a la que en principio solicitaría en un juicio oral. Así propuesto, parece un mecanismo

<sup>12</sup> Duce, op.cit., p. 250.

<sup>13</sup> Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, N° 110-331.

<sup>14</sup> Por lo mismo, aparece extraño el argumento de que al limitar las salidas alternativas se atenta contra la “eficiencia” del sistema penal (Duce, op. cit., p. 251), pues quizás sea cierto que de ese modo se mal utilizarán los recursos destinados a él, pero no parece ser que el ahorro fiscal sea uno de los objetivos de la reforma, como sí se plantea la seguridad ciudadana.

<sup>12</sup> Riego, op. cit., p. 42.

<sup>13</sup> Riego, op. cit., p. 47.

con poderosos estímulos para negociar y acogerse al mismo: el Ministerio Público asegura una condena y el acusado, una pena menor que la que en principio le correspondería.

Sin embargo, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal tiende a restringir la realización práctica de esta negociación, mediante una regulación plagada de estímulos negativos, como veremos enseguida. Según el artículo 467 del Proyecto, son “presupuestos” para que el Juez de Garantía falle en procedimiento abreviado, los siguientes:

- a) Que exista un acuerdo previo entre Ministerio Público y el imputado. El acuerdo debe constar por escrito;
- b) Que en virtud de ese acuerdo, el Ministerio Público requiriera la imposición de una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, exceptuada la de muerte, ya fueren únicas, conjuntas o alternativas; y
- c) Que en virtud de ese acuerdo, el acusado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la instrucción en que se funden.

Si sólo se consideran los requisitos que este artículo señala se puede apreciar inmediatamente que esta clase de solución consensuada entre el Ministerio Público y el acusado, supone una negociación limitada sólo a los delitos de mediana y baja gravedad, por la cuantía de la pena máxima a imponer, a pesar de permitirse la “acumulación” de varias acusaciones por delitos distintos que tengan una pena inferior a 5 años cada uno. En efecto, atendido nuestro sistema

de determinación de las penas, la limitación a 5 años del máximo de pena solicitable hace que todo crimen consumado (delitos con penas iguales o superiores a 5 años de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo) en que no concurra atenuante alguna, o en los que concurra al menos una agravante, no puedan ser objeto de un procedimiento de esta clase, aún cuando el acusado esté dispuesto a aceptar los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la instrucción en que se fundan. Por lo tanto, el juez no sólo podría rechazar la solicitud de procedimiento abreviado si comprueba que el acuerdo no fue dado libremente por el acusado, o que el querellante ha presentado una fundada oposición al procedimiento, sino también cuando, atendidos los hechos materia de la acusación (y aún de la instrucción), considere que no se cumplen los presupuestos del artículo 467.

El argumento que podría esgrimirse en contra de esta conclusión, sería el de que, de todos modos, el Ministerio Público fija los hechos de la acusación y la cuantía de la pena solicitada, por lo que perfectamente podría acomodar ésta y aquéllos a las exigencias del artículo 467. Esto aparecería claramente respaldado en la ley, al permitir el artículo 468 la modificación de la acusación ya presentada, así como de la pena requerida, en la misma audiencia de preparación del juicio oral, a fin de permitir la tramitación del procedimiento conforme a las reglas del juicio abreviado. Y más aún, al establecer el artículo 473 que el fallo dictado en esta clase de procedimientos, de ser condenatorio, no pueda imponer una pena

“superior a la requerida por el Ministerio Público o el querellante, en su caso”.

Sin embargo, estas últimas disposiciones no privan al Juez de Garantía de sus facultades jurisdiccionales, y siendo una de las principales la apreciación de los hechos y su calificación jurídica, parece improbable que el sólo acuerdo de las partes intervinientes en un proceso que es por lo demás de “acción pública”, obliguen al juez a apreciar los hechos y calificarlos conforme lo solicita el Ministerio Público. De hecho, el artículo 1° de la ley 19.640, que establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, siguiendo las directrices del artículo 80-A de la Constitución Política de la República, establece con toda claridad que el Ministerio Público “no podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Pero el procedimiento abreviado no sólo se encuentra amenazado en su efectividad por la presencia del Juez de Garantía y la privación al Ministerio Público toda facultad jurisdiccional, sino también por los contradictorios estímulos que se ofrecen al querellante.

En efecto, según el artículo 469 el querellante particular puede impedir que se llegue a un procedimiento abreviado, si en su acusación particular califica los hechos, atribuye formas de participación o señala circunstancias que lo llevan a solicitar una pena superior al límite de cinco años antes señalado. Si el juez estima fundada su oposición, se rechaza el procedimiento y se tiene por no formulado el reconocimiento de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la instrucción por parte del imputado (artículo 471). Y aún la ley parece estimular al querellante

para oponerse al juicio abreviado, pues en el artículo 473 le priva de la posibilidad de obtener por esta vía la indemnización civil correspondiente, obligándolo a interponer las acciones civiles ante el tribunal civil competente, agregando que en todo caso, el procedimiento abreviado no producirá cosa juzgada respecto del tercero civilmente responsable. Esto significa, en breves palabras, que el querellante que quiera obtener indemnización civil debe llevar la causa a juicio oral, si le es posible, donde tendrá a su favor no sólo la intervención de su abogado, sino también la del Ministerio Público, colaboración de la cual no gozará en el incierto procedimiento civil ordinario que se le ofrece como alternativa.

Aunque acertadamente se impide que el mero actor civil se oponga al procedimiento abreviado (artículo 469), esta situación deja bastante comprometida la posición del Ministerio Público en los casos en que existe una víctima y ella no tiene abogado querellante. En efecto, en tales situaciones, según el artículo 72 del Proyecto, es obligación del Ministerio Público deducir la demanda civil a nombre de la víctima, a menos que ésta renunciare a ella, la ejerciere por la vía civil o no colabore con el Ministerio Público para su debido ejercicio. ¿Cómo compatibilizará esta obligación, que seguramente se le demandará públicamente, con el interés de abreviar el procedimiento, dejando sin compensación civil a la víctima?

Estos son los típicos problemas que genera la agregación de objetivos contrapuestos a un proceso de reforma: por una parte, se enfatiza la eficiencia del sistema, evitando recurrir al



costoso juicio oral, pero por otra, se abandona el objetivo de “adoptar medidas de protección para las víctimas” y de defender sus intereses económicos en el pleito criminal.

Quizás sería más fácil si desde un principio se hubiese separado la acción criminal de la civil, y ésta no se permitiese en el procedimiento criminal, pero aquí nuestras tradiciones comienzan a jugar nos malas pasadas, al tratar de acomodarlas a un sistema que no se aviene con ellas.

Lo mismo sucede respecto del acusado: ¿Qué estímulos reales se le ofrecen para acceder a un juicio abreviado, reconociendo los hechos y las pruebas que lo acusan? No puede considerarse que la poca cuantía de la pena aplicable sea un estímulo, pues ella se compara con sí misma: si el delito cometido es un robo con fuerza del artículo 442 N° 1, la pena es de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años), así sea que la condena se dicte en un procedimiento abreviado como en un juicio oral. Y en ambos casos, si el delincuente es primerizo, le corresponderá la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, atendida la cuantía de la pena impuesta, tanto si se impone en un juicio oral como en un procedimiento abreviado. De hecho, en cuanto a la materia de la acusación, el Ministerio Público no está limitado sólo por las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales ordinarios, sino también por su propia ley orgánica, que le obliga, en su artículo 3°, a adecuar sus actos a “un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”. Y no puede ser “objetivo” un criterio que estime acreditados

ciertos hechos, si el imputado accede a un procedimiento abreviado, y otros —más graves—, si lo rechaza. O que no se oponga a la concesión de un beneficio establecido legalmente en un caso, si se trata de un procedimiento abreviado, y se oponga si el mismo caso llega a juicio oral.

Así, para el acusado que tiene derecho a no declarar en su contra y cuenta con abogado defensor desde el primer momento en que la instrucción se dirige contra él (artículo 107) sólo se presenta la siguiente alternativa: acceder a la imposición casi segura de una pena mediante el procedimiento abreviado, pues ya ha reconocido los hechos de la acusación y sus fundamentos; o esperar el juicio oral, donde podría ser condenado a igual pena que la resultante del procedimiento abreviado, pero donde tendrá también la posibilidad de rebatir la acusación y por ende, mayores chances de resultar absuelto. Además, como se trata de delitos que suponen penas inferiores a cinco años, lo más probable es que los posibles sujetos de esta clase de procedimiento se encuentren en libertad provisional, hecho que los estimulará más todavía a tratar de rebatir la acusación en un juicio oral. Sólo en casos de previa declaración voluntaria de culpabilidad y en el evento que le fuese suspendible la pena por alguna de las medidas de la ley 18.216, o en caso contrario, que el inculcado se encontrase privado de libertad por el abrumador peso de las pruebas en su contra, parece probable que accediera a renunciar a su oportunidad de obtener una sentencia absolutoria en un juicio contradictorio.

Pero las limitaciones al procedimiento



abreviado, que en realidad son limitaciones al poder del Ministerio Público de fijar los hechos de la acusación y la cuantía de la pena aplicable a los mismos, no sólo afectarán negativamente la “eficiencia” del sistema en los casos de delitos de baja o mediana intensidad, sino también en los delitos verdaderamente graves, pues la sola posibilidad de obtener una sentencia absolutoria en el juicio oral, al que obligadamente se debe llegar, provocará inevitablemente que las defensas planteen tales posibilidades, haciendo más difícil si se quiere la labor del Ministerio Público y afectando sensiblemente su productividad.

Es por ello que nuestro procedimiento abreviado, tal como se encuentra proyectado, no puede compararse en su diseño con el sistema de *plea bargaining* que existe en los Estados Unidos de Norteamérica, donde mediante su facultad privativa y no sujeta a control jurisdiccional de negociar el contenido de la acusación y el marco de la pena aplicable, los fiscales disponen de la acción penal pública y ejercen con ello funciones al menos cuasi o parajurisdiccionales, las cuales han permitido que sobre el 90% de las causas criminales terminadas en sentencia condenatoria sean resueltas por esta vía.<sup>17</sup> Y por lo mismo, carece de sentido pretender que con un diseño como el proyectado, se logren parecidos o similares resultados a los que se obtienen en los Estados Unidos de Norteamérica, en cuanto a manejo eficiente de

recursos y limitación de causas sujetas a juicios orales.<sup>18</sup>

## 2.2 La suspensión condicional del procedimiento

Calificado por Duce como un mecanismo de alguna manera propiamente alternativo al funcionamiento del sistema penal, y por tanto, diferente al procedimiento abreviado,<sup>19</sup> lo cierto es que el diseño de la suspensión condicional del procedimiento en el Proyecto de Código Procesal Penal se asemeja mucho más al procedimiento abreviado de lo que un análisis abstracto de sus finalidades y propósitos podría admitir, al punto de presentarse, en su estructura normativa, prácticamente como un caso especial de esta última clase de procedimiento.

Ello por cuanto la regulación actualmente en trámite de la suspensión condicional del procedimiento, supone, al igual que el procedimiento abreviado, no sólo una negociación previa entre el Ministerio Público y el imputado, sino también que la pena a imponer en concreto al imputado sea inferior a cinco años y que éste acepte los hechos de la acusación (instrucción) y

<sup>17</sup> Donzinger, Steven (ed.): *The real war on crime. The National Report of the National Justice Commission*, Washington 1996, p.182.

<sup>18</sup> Cabría, por tanto, revisar al alza las optimistas cuentas del análisis de costo beneficio elaborado por la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Chile y los efectos de la simulación computacional preparada por la Fundación Paz Ciudadana, las que pueden verse en el trabajo de Vargas, Juan Enrique: *La reforma a la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*, en tal como se presentaron en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38, Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pp. 103s. (ver sobre todo el Cuadro N° 2, en p. 154). La necesidad de una revisión de tales cuentas aparece implícita también en el trabajo de Duce, op. cit., p. 251.

<sup>19</sup> Duce, op. cit., p. 178.

las diligencias en que se fundan (artículo 311). Además, en caso de quebrantamiento de las condiciones, corresponde sin más proceder en contra del imputado mediante un procedimiento abreviado, entendiéndose que con la aceptación de los hechos de la acusación ha renunciado de antemano al juicio oral (artículo 313). De este modo, la suspensión condicional se transforma en una especie de procedimiento abreviado adelantado, para casos muy especiales y con un efecto penal diferente: en cuanto a los casos, sólo se admite si la pena aplicable en concreto fuera inferior a tres años de presidio o reclusión, no se trate de ciertos delitos excluidos legalmente (aborto, homicidio, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, tráfico ilícito de estupefacientes y conductas terroristas), y el imputado no sea delincuente habitual de modo que se presuma que no volverá a delinquir (artículo 311); y en cuanto a los efectos, se evita la sentencia condenatoria y con ella los antecedentes penales y la imposición de una pena en concreto, y en cambio, se impone un régimen de condiciones (Artículo 313) que es, por otra parte, muy similar al de la remisión condicional de la pena del artículo 5º de la Ley 18.216.

Como señala Duce, es en este punto donde la Cámara de Diputados introdujo algunos de “los principales cambios” al Proyecto del Ejecutivo,<sup>20</sup> el que establecía un régimen completamente diferente al reseñado: aplicable a casi toda clase de delito en que fuera posible aplicar alguna de las medidas de la ley 18.216, y donde el acuerdo entre el fiscal y el imputado no

importaba aceptación de los hechos, e incluso, en caso de quebrantamiento, no podría invocarse en él, el juicio oral.<sup>21</sup> Para Duce, las razones del cambio del sistema propuesto por el Ejecutivo “obedecen principalmente a cierta desconfianza en la utilización de estas salidas alternativas, desconfianza que a su vez se basa en una excesiva preocupación o sensibilidad de los parlamentarios por los problemas de la seguridad ciudadana (delincuencia común) y la necesidad de dar una respuesta dura en contra de la criminalidad más relevante frente a la opinión pública”.<sup>22</sup> Nuevamente surge aquí el conflicto entre los objetivos contrapuestos de la Reforma Procesal Penal, cuyos efectos en la regulación concreta de las nuevas instituciones no pueden soslayarse, a pesar del acuerdo que los promotores de nuestra reforma ven en torno a la necesidad de una reforma como la propuesta por el Ejecutivo, que importe la introducción del juicio oral,<sup>23</sup> acuerdo que, en aspectos sensibles como los que aquí se reseñan, parecen más aparentes que reales.

De todos modos, con independencia del debate en torno a las razones y propuestas teóricas, lo cierto es que la actual regulación en trámite de la suspensión condicional del procedimiento, como bien señala Duce, restringe

<sup>20</sup> Duce, op. cit. p. 221s, resume las razones que a su juicio se tuvieron en cuenta durante el proceso de redacción del Proyecto presentado al Congreso para no ofrecer la alternativa que en definitiva prosperó en la Cámara de Diputados: la necesidad de incentivar al imputado a aceptar esta clase de arreglos, evitando al mismo tiempo su estigmatización y propendiendo a su reinserción social.

<sup>22</sup> Duce, op. cit. p. 240.

<sup>23</sup> Riego, op.cit., p. 32ss.

<sup>20</sup> Duce, op. cit., p. 241.

aún más de lo propuesto por el Ejecutivo, las posibilidades de recurrir a este instituto.<sup>24</sup>

Sin embargo, esta restricción no proviene de la limitación temporal (pena aplicable en concreto inferior a tres años) y los requisitos personales del inculcado, pues siendo similares a los que se exigen para conceder la remisión condicional de la pena en el artículo 4° de la Ley 18.216, cabría esperar un comportamiento similar al de este instituto, respecto del cual en el año 1998, mientras los condenados que cumplían penas de prisión representaban el 19,5% de la población atendida por Gendarmería, los beneficiarios de la remisión condicional de la pena alcanzaban al 42,6%, en tanto que los sujetos a libertad vigilada sólo llegaban al 6%.<sup>25</sup>

La restricción proviene del único requisito que no contempla la ley 18.216 respecto a la remisión condicional de la pena y que se agregó por la Cámara de Diputados para limitar la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento: que el delito investigado no sea aborto, homicidio, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, tráfico ilícito de estupefacientes y conductas terroristas, de modo que, respecto de los delitos de habitual ocurrencia,

quedó reducida su aplicación a los hurtos, robos con fuerza y otros atentados contra la propiedad, junto con los cuasidelitos y los delitos por infracción a la ley de alcoholes.

De todas formas, la principal limitación de la suspensión condicional del procedimiento proviene de su gran similitud con el procedimiento abreviado: quienes no estén interesados en recurrir a esa clase de procedimiento, sobre todo quienes se encuentren en libertad provisional—como en los casos de suspensión condicional del procedimiento parece corresponder, ya que se trata de delitos cuya pena probable es inferior a tres años y los inculcados no deben constituir un “peligro para la sociedad”—y siempre tengan la esperanza de obtener un fallo favorable en el juicio oral, no tienen ningún estímulo real para reconocer su culpabilidad y más encima, acceder a la imposición de condiciones que pueden llegar a ser más gravosas que las correspondientes al beneficio de la remisión condicional de la pena—que sería la peor consecuencia a sufrir en caso de condena—, tales como: el sometimiento a tratamientos o vigilancia médica (artículo 312 c)), el pago de una suma determinada por indemnización de perjuicios (art. 312 e))—pago del cual pueden ser eximidos los que reciben el beneficio de la remisión condicional (artículo 5 d) ley 18.216)—y la vigilancia por parte de la víctima, que establece indirectamente el inc. final del artículo 314 del Proyecto. Y si el Ministerio Público pretende utilizar la prisión preventiva para forzar el acuerdo, está por verse si nuestras Cortes aceptarán como legítima una privación de libertad con ese solo objetivo, que no aparece

<sup>24</sup> Duce, op. cit., p. 247.

<sup>25</sup> Fuente: *Compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile del año 1998*. La diferencia aumenta aún más si el total se compone sólo por la población penal que está cumpliendo penas o se encuentra bajo algún beneficio. De ese total, quienes se encuentran beneficiados por la remisión condicional, alcanzan al 55% de la población condenada, mientras que quienes cumplen en prisión (sin salida diaria ni libertad condicional), sólo representan apenas el 26%.

mencionado en el artículo 170 como una causal que autorice la prisión preventiva.

Luego, sólo quienes no puedan más que recurrir al procedimiento abreviado, por haber confesado previamente el delito o por existir en su contra abundancia de pruebas condenatorias, se verán estimulados a optar por la suspensión condicional del procedimiento antes que recurrir a un procedimiento abreviado, ya que a pesar de las similitudes del tratamiento entre las condiciones previstas para la remisión condicional de la pena y la suspensión condicional del procedimiento, en éste último caso, transcurrido el plazo de la suspensión sin que fuere revocada, “se extinguirá la acción penal”, extinción que compensaría la gravosidad de las condiciones, al no quedar registrados antecedentes criminales respecto del suspenso. En cambio, esos antecedentes permanecerían en el prontuario de quien es beneficiado con la remisión condicional de la pena, al menos para su agregación en futuros procesos criminales (artículo 29 Ley 18.216).

Pero si el inculcado está dispuesto a acceder a una suspensión condicional del procedimiento, y para ello debe reconocer su culpabilidad, lo que hará sólo si ya ha confesado o no tiene otra posibilidad, queda por ver si el Ministerio Público estará dispuesto a hacerse cargo del control de los suspensos, con la supervigilancia de la víctima en su caso, tal como se prevé en el artículo 314 del Proyecto. Este estímulo negativo resalta más aún si se toma en cuenta que los casos susceptibles de ser derivados a suspensión condicional del procedimiento, también lo son de recibir el beneficio de remisión

condicional de la pena, para cuya vigilancia ya existe la Sección de Tratamiento en Medio Libre de Gendarmería. Si a ello se le agrega que para el Ministerio Público la condena en procedimiento abreviado es de todos modos una condena a exhibir en tiempos de “crisis de seguridad ciudadana”, y no lo es, en caso alguno, la suspensión condicional del procedimiento, el cuadro de estímulos negativos parece agravarse.

Y aunque la víctima no puede oponerse formalmente a la suspensión condicional del procedimiento, aunque sí lo podría hacer en la audiencia respectiva, puede apelar de su concesión cuando apareciendo como querellante, se viere perjudicada con su procedencia (artículo 311), como sucedería si no considerase adecuada la suma fijada como indemnización o no le satisficere plenamente la modalidad establecida para el pago de la misma.

### **3. Justicia penal consensuada (II): Los acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado.**

Dejando de lado los delitos de acción privada,<sup>26</sup> donde el ofendido dispone plenamente de la acción penal, la que puede abandonar si llega a algún arreglo con el querellado, y partiendo del presupuesto de que aún en ciertos delitos de acción pública el interés del Estado en la persecución penal no primaría sobre el de

<sup>26</sup> Al respecto, cabe destacar que el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal considera en su artículo 64 e), junto a los tradicionales delitos de acción privada el giro fraudulento de cheques previsto en el D.F.L. N° 707 de 1982, lo que permite una mayor flexibilidad en la negociación entre el acusado y el afectado.

la víctima,<sup>27</sup> el artículo 315 del Proyecto de Código de Procesal Penal establece que “cuando el delito que se persiga recaer sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria, o cuando se trate de delitos culposos que no hubieren producido resultado de muerte ni afectaren en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos”.

Con esta regulación, nuestra legislación ha quedado en medio del camino entre los dos modelos de introducción de la reparación como sanción penal autónoma descritos por Larrauri:<sup>28</sup> el de justicia penal, que la concibe directamente como una pena a imponer obligatoriamente de forma exclusiva o copulativamente con las medidas de probation por el Juez en lo criminal para delitos de baja gravedad, como sucede en Inglaterra a partir de la reforma a la Criminal Justice Act de 1972 y en el sistema federal norteamericano, a partir de su introducción en 1982 en la Victim and Witness Protection Act; y el sistema de justicia reparadora, o de la mediación-reparación, donde la reparación está prevista como final de un proceso de mediación que se realiza como alternativa al proceso penal, vigente en Noruega desde el 15 de marzo de 1991, y en España, en el ámbito

de la Justicia Juvenil (Ley 4/1992).<sup>29</sup> Este es también el modelo que impulsa en Alemania Roxin.<sup>30</sup>

En efecto, en primer lugar, aunque se intenta introducir como parte de una idea global de justicia reparadora, una “alternativa a la respuesta tradicional del sistema penal”,<sup>31</sup> la reparación en el Proyecto sólo se limita a una forma de indemnización pecuniaria, tal como señala el citado artículo 315, al referirse a los “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria”, excluyendo con ello de antemano otras formas de reparación posibles, como las de carácter simbólico (presentación de disculpas) o material a favor de la víctima (prestación de servicios materiales, tales como trabajos en beneficio de la comunidad).<sup>32</sup>

Y por otra, lo que es más grave, el artículo 315 del Proyecto se ha desentendido de la regulación de los mecanismos de mediación que permitiesen efectivamente hacer operativa la reparación para la mayor parte de los casos posibles, dejando expuesta la institución a las críticas usuales en la materia: que constituye una forma para pagar por el término de un pleito, y

<sup>29</sup> Para un análisis del desarrollo del sistema de mediación en la justicia juvenil en España, particularmente en Cataluña, puede consultarse la obra colectiva de Jaime Lluís (Dir.): *Mediación y justicia juvenil*, Barcelona 1995, y el trabajo de Lidia Ayora: *Alternativas al internamiento en la jurisdicción de menores*, en Larrauri/Cid (Coords.): *Penas Alternativas a la Prisión*, Barcelona 1997, pp. 251-275.

<sup>30</sup> Cf. al respecto, Roxin, Claus: *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991.

<sup>31</sup> Duce, op. cit. p. 177.

<sup>32</sup> Larrauri, op.cit. p. 172.

<sup>27</sup> Horvitz, op. cit., p. 121.

<sup>28</sup> Larrauri Pijoan, Elena: *La reparación*, en Larrauri/Cid: *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, pp. 181ss.

por tanto, beneficia sólo a quienes pueden hacer ese pago; que deja a los inculpadados en causas de acción pública entregados a la ambición y poder de decisión de la víctima; y a su vez, deja a éstas sujetas a toda clase de presiones indebidas por parte de los imputados o sus familiares. Cualquiera comprenderá que la sólo revisión judicial de un acuerdo previamente establecido, no será suficiente para evitar estos peligros que se denuncian.<sup>33</sup>

Pero nuestro sistema no sólo está a medio camino entre los descritos por Larrauri, por las deficiencias de regulación del artículo 315 del Proyecto, sino porque éste también contempla la reparación, como indemnización civil, como condición en los casos de suspensión condicional del procedimiento (artículo 312 e), en la forma de reparación como sanción acompañante a la vigilancia propia de la suspensión del procedimiento, con la posibilidad de otorgar plazos y condiciones para su pago y aún reducir su cuantía en el transcurso de la suspensión. Y aunque es cierto lo afirmado por Duce en el

sentido que nuestra legislación penal común no contemplaba anteriormente la reparación como forma de solución alternativa de conflictos<sup>34</sup>, no lo es menos que ella sí se contemplaba originariamente como condición de los sistemas de probation introducidos por la ley 18.216, donde se consideraba como condición a imponer a quienes resultaban beneficiados por la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada (artículos 5º d) y 16 e) ley 18.216), aunque posteriormente tanto la jurisprudencia como la propia ley flexibilizaron estas exigencias al punto de no ser hoy en día legal y factualmente un requisito para gozar de los referidos beneficios.

De todas maneras, es claro que esta posibilidad de salida negociada del proceso penal ofrece, al menos al inculpadado que se encuentre en condiciones de acceder a ella, mayores estímulos que las anteriormente analizadas: no tiene un límite relacionado con la cuantía de la pena, sino sólo con la naturaleza del delito que se trate, y su aceptación por el juez extingue la acción penal, con independencia del grado posterior de cumplimiento del acuerdo, quedando libre de todo antecedente criminal. Por su parte, para la víctima es una vía expedita de obtener la debida reparación por el mal causado, restituyéndosele el conflicto y su solución.

De allí que, sin duda, las mayores dificultades en su aplicación provendrán del total desamparo en que se pueda encontrar la parte débil de la negociación, por la falta de un sistema de mediación previo, por una parte, y por otra, de

<sup>33</sup> De hecho, el temor de que los acuerdos reparatorios representasen algún peligro de abusos por parte de quienes tendrían posiciones privilegiadas frente a los más débiles motivó -según Duce, op. cit., p. 246s- a la Cámara de Diputados a limitar el ámbito de aplicación de los acuerdos reparatorios, prácticamente a los "delitos no violentos contra la propiedad". Sin embargo, según la experiencia comparada la limitación de la aplicación de este instituto a una clase determinada de delitos de baja intensidad no es la vía idónea para restringir las posibilidades de abuso, si ella no va acompañada de sistemas de mediación que aseguren no sólo un control judicial posterior, sino también la presencia de un mediador y límites normativos a las pretensiones de las partes, tal como sucede en los sistemas español y noruego. Cfr. Larrauri, op. cit., p. 185s.

<sup>34</sup> Duce, op. cit., p.232.



la limitación a la clase de delitos en que tales acuerdos se permiten. Sobre la primera de las dificultades anunciadas trataré de esbozar alguna respuesta en la siguiente sección. En tanto, abordaremos la cuestión relativa a la clase de delitos en que podrían presentarse acuerdos reparatorios.

### 3.1 Los bienes jurídicos disponibles en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal

En primer lugar, resulta más o menos sin lugar a dudas, por la propia redacción del artículo 315, que los acuerdos reparatorios procederán en todos los cuasidelitos, salvo que se trate de un cuasidélito de homicidio o de lesiones del artículo 397 N° 1 del Código Penal.

Los mayores problemas se generan respecto a los restantes delitos contemplados en el Código Penal. Desde luego, la expresión "bienes jurídicos disponibles" que empleaba el Proyecto del Ejecutivo y que durante la tramitación parlamentaria fue limitada en su alcance añadiéndole la cláusula "de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria", resulta a todas luces una expresión poco feliz, atendida su "extrema ambigüedad" y las interminables discusiones que al respecto existen en la dogmática penal, según oportuna pero ineficazmente lo hiciera ver durante la preparación del Anteproyecto don Carlos Künsemüller<sup>35</sup>, ambigüedad que no disminuye por el entusiasmo de sus redactores en una supuesta

"interpretación progresiva" a que pudiese dar lugar<sup>36</sup>.

No obstante esta limitación, no parece discutible, por los propios términos del artículo 315 del Proyecto, que entre las causas en las que podrían permitirse acuerdos reparatorios se encontrarían todos aquellos casos de delitos no violentos contra la propiedad, i.e., todos los contemplados en el T. IX del Código Penal, salvo los delitos de robo con violencia o intimidación, los de incendio y otros estragos (por el riesgo común que involucran), la usurpación con violencia del artículo 457 Código Penal, y los delitos de los artículos de fraude previsional del 470 N° 8 y usura del 472.<sup>37</sup> Además, al menos debiera incluirse en esta categoría el delito de falsificación de instrumento privado en perjuicio de terceros del artículo 198 Código Penal, y las disposiciones que penalizan los incumplimientos o defraudaciones en la ejecución de ciertos contratos especiales, como sucede particularmente en las disposiciones penales contempladas en la Ley sobre Letras de Cambio, y en la de Almacenes Generales de Depósito. Además, cabría acoger estos acuerdos respecto de ciertas

<sup>35</sup> Duce, op. cit., pp. 206, 235 y 247. Este inusitado entusiasmo por una jurisprudencia uniforme y que se desarrolla progresivamente parece, en todo caso, olvidar la disposición del artículo 3° del Código Civil, sobre el efecto relativo de las sentencias en Chile, al que no se opone lo dispuesto en el artículo 418 del Proyecto, en cuanto a las solicitudes de "modificación o aclaración de los criterios jurisprudenciales vigentes", pues tales criterios rigen, según la citada disposición del Código Civil, sólo para la causa en que se dictaron.

<sup>37</sup> Como veremos enseguida, la exclusión de estos dos últimos delitos se encuentra legalmente establecida en el artículo 63 h) del Proyecto.

<sup>35</sup> Carlos Künsemüller: *Informe sobre Salidas Alternativas y Procedimientos Especiales en el Borrador de Anteproyecto de Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Santiago 1994, inédito, cit. por Duce, op. cit., p. 204.



prácticas empresariales o laborales que perjudican otras clases de propiedad, como las contempladas en la Ley de Propiedad Intelectual.<sup>38</sup>

Desde luego, la identificación de todos y cada uno de los delitos en que fuera posible admitir que sólo se afecta un bien jurídico de “carácter patrimonial”, requiere una investigación acusatoria de la normativa penal vigente, que no nos es posible realizar en esta oportunidad. Ahora sólo queremos pasar a destacar el significado práctico que, a la luz de las propias disposiciones del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, podría tener la expresión “bienes jurídicos disponibles... susceptibles de apreciación pecuniaria”, que si ha de tener sentido, debe referirse a delitos distintos de aquéllos de carácter puramente patrimonial.

Admitiendo que en estos casos se parte de la base de que existen ciertos delitos de acción pública en que el interés de la víctima puede ser tan o más preponderante que el del Fisco, podemos encontrar en el propio Proyecto de Código Procesal Penal un listado de tales delitos, donde queda entregada a la víctima la iniciativa de la acción penal, y por tanto, puede disponer de ella mediante su pasividad. Me refiero a los delitos que el artículo 63 del Proyecto denomina “de acción pública previa instancia particular”.

El primer grupo importante de delitos que menciona el artículo 63 y que pueden considerarse casi sin lugar a discusión como aquéllos

que afectan bienes jurídicos disponibles de carácter pecuniario o susceptibles de apreciación pecuniaria, son los delitos de violación de secretos con perjuicio de terceros de los artículos 231 y 247 inc. 2° del Código Penal, los de estafas y otros engaños del § 8 del T. IX del L. II del Código Penal (con excepción de ciertos fraudes al fisco y la usura, artículos 470 N°8 y 472, respectivamente), y los relativos a la propiedad industrial (artículo 63 letras g), h) y j), respectivamente).

Tampoco parece muy discutible que el derecho a la intimidad del hogar sea un bien jurídico disponible, pues de otro modo no se entendería la actividad social de las personas. Y que sea susceptible de apreciación pecuniaria parece claro, pues para ello basta hojear las llamadas “revistas del corazón”, donde conocidos personajes, generalmente por precio, “abren” sus domicilios particulares a la ciudadanía toda. Es por ello que el delito de violación de domicilio (artículo 63 f)), parece ser posible de reparar por la vía pecuniaria. No así el allanamiento irregular practicado por funcionarios públicos, que no se encuentra mencionado en el artículo 63, por la sencilla razón de que en éste, hay un interés público superior de impedir el abuso de autoridad y la desviación de las funciones protectoras de los derechos de las personas que deben cumplir los funcionarios públicos.

El tercer grupo importante de delitos contra bienes jurídicos disponibles que dicho artículo 63 reconoce en sus letras a) y b) es el de aquéllos que afectan la autodeterminación o libertad en el ámbito sexual, con relación a personas

<sup>38</sup> No se consideran aquí los delitos de giro doloso de cheques y de revelación de secretos de fábrica del artículo 284 del Código penal, pues el Proyecto los considera, con buenas razones, delitos de acción privada (artículo 64 Proyecto).

mayores de 12 años. No parece discutible que la libertad sexual de quienes están en condiciones físicas y psíquicas de hacer uso de ella sea un bien jurídico disponible, pues de otro modo no se podrían comprender las relaciones humanas. Tanto es así, que respecto a los delitos de estupro, el Proyecto los ha considerado en su artículo 64 b) derechamente como delitos de acción privada, entregando a la ofendida la plena disponibilidad de la acción penal. Además, a pesar de la gravedad que los delitos de violación y abusos sexuales pueda representar en abstracto, no debe dejar de considerarse que a ese respecto, la complejidad de las relaciones humanas puede incidir en distintas apreciaciones ex ante y ex post tanto por parte de la víctima como del ofensor, a las cuales el derecho debe dar una oportunidad de manifestarse, como es claro sucede al requerir la participación de la víctima para dar inicio a la persecución penal. La cuestión que se presenta enseguida es si dicha libertad sexual, como bien jurídico disponible, es susceptible de apreciación pecuniaria. Una primera respuesta a esta pregunta, desde el punto de vista del deber ser, parecería inclinarnos por la negativa: la actividad sexual o corporal destinada a satisfacer los deseos de otra persona no debiera ser objeto de una apreciación económica. Incluso podría afirmarse que la comercialización del cuerpo humano para fines sexuales sería un clásico ejemplo de contrato civil con objeto ilícito, por ser éste contrario a la moral o buenas costumbres. Pero el Derecho Penal debe atender no sólo a lo que debiera ser, sino también a la realidad de la vida. Y existen muchas buenas razones para estimar que la

disposición de la libertad sexual puede ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Desde luego, el ejercicio de la prostitución así lo demuestra. Y este ejercicio se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, al menos a nivel sanitario. Pero es cierto que ese no es el mejor de los ejemplos. Quizás la cuestión relevante es aquí la siguiente: ¿podemos negarle la oportunidad de resarcirse del mal sufrido a la víctima de un delito cuya investigación necesariamente la expondrá en su intimidad sin duda alguna más allá de lo que ella pudo querer o prever?. El natural temor a que el "perverso sexual" con dinero pueda escapar por esta vía de la persecución penal se disipa, si se tiene en cuenta que según todos los estudios realizados, la mayor parte de los agresores sexuales pertenecen al círculo familiar o de amistades de las víctimas de tales delitos. Y que cuando verdaderamente se sufre un ataque sexual que importa lesiones de cierta entidad, o la muerte de la víctima, ya no nos encontramos ante el caso de la sólo disposición de la libertad sexual, sino ante un ataque pluriofensivo, que por lo mismo, queda excluido de la posibilidad de ser reparado por el solo acuerdo entre el agresor y la víctima o sus representantes, existiendo un interés público superior en su persecución criminal. Pero cuando no se trata de esa clase de ataques violentos contra las personas, la cuestión sobre la disponibilidad de la libertad sexual y su apreciación pecuniaria puede ser abordada sin prejuicios, dándole a las víctimas y a los agresores no violentos la posibilidad de poner término al juicio criminal por la vía de los acuerdos reparatorios.

Por las mismas razones antes expuestas, no parece razonable admitir que los delitos de lesiones menos graves del artículo 399 y amenazas de los artículos 296 y 297 del Código Penal, se hayan incorporado a la lista de “delitos de acción pública previa instancia particular” (artículo 63 e), i)), sobre todo si se toma en cuenta que es a través de la amenaza de delitos serios y de las lesiones menos graves (que pueden importar enfermedad o inutilidad para el trabajo de hasta 30 días) que personas o grupos organizados pueden imponer su voluntad sobre quienes se encuentren en una posición social más débil. De todas maneras, aunque se mantengan en definitiva entre los delitos que requieren instancia particular, resulta más o menos evidente que no podrían considerarse en tal caso como delitos que afecten bienes jurídicos disponibles susceptibles de apreciación pecuniaria, sin dejar por esa vía abierta la posibilidad de que nuevas lesiones o amenazas induzcan al afectado a aceptar un “acuerdo reparatorio”, si no se establece un mecanismo de mediación que asegure la libertad de quienes prestan el acuerdo. Pero si tal mecanismo existiese, de seguro que ciertas lesiones de menor entidad o amenazas proferidas en momentos de pasión, podrían dar lugar a una reparación que excluyera la persecución penal.

Finalmente, la bigamia es considerada entre los delitos que requieren previa instancia particular, según el artículo 63 d). Aunque se trata de un avance, lo cierto es que quizás valdría la pena aprovechar los medios informáticos de que se disponen en la actualidad, para impedir, con un adecuado programa informático, la

comisión de esta clase de ilícito, y no esperar a que el afectado los denuncie y luego permitir que el autor del delito repare el daño. De todas maneras, hay aquí un interés público relevante, la determinación del estado civil de las personas, cuya protección quizás no merezca una sanción penal, lo que es discutible, pero que de todos modos debiera proveerse por la vía de una adecuada utilización de los registros que posee el Servicio de Registro Civil, verdadero responsable de que esta clase de ilícito se cometa, al no aprovechar el tiempo que media entre la manifestación y la celebración del matrimonio, para realizar la investigación preventiva acerca de la verdadera identidad de los contrayentes y su estado civil.

#### **4. Propuestas para un servicio de mediación en el contexto de la reforma procesal penal**

Como hemos intentado mostrar, a pesar de ser limitadas, existen en el Proyecto de Código Procesal Penal algunas posibilidades de evitar un juicio oral, una condena o la persecución penal, mediante la obtención de un consenso entre los intervinientes en el proceso penal. Sin embargo, no se prevé en dicho Proyecto ningún mecanismo que permita hacer posible dichos consensos. Tampoco la ley 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público establece alguna base orgánica que explícitamente de lugar a mecanismos que tengan ese objetivo.

Sin embargo, la ley orgánica constitucional, al establecer las “unidades administrativas” con

que han de dotarse la Fiscalía Nacional y las Regionales, contempla en sus artículos 20 f) y 34 e), una “Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos”, la cual “tendrá por objeto velar por el cumplimiento que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal”.

Es claro que dichas disposiciones no llevan explícitamente a concluir que en dicha Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos (en adelante UAVT) se deba establecer un programa de mediación como mecanismo para obtener los consensos posibles dentro del sistema procesal proyectado, pues en ninguna parte del Proyecto siquiera se menciona la palabra “mediación”.

Pero también es claro que para “ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley” (artículo 93 del Proyecto) el Ministerio Público debe proveerse de mecanismos que le permitan llegar a acuerdos con los inculpaos, en los casos que la ley así lo establece, esto es, procedimiento abreviado y suspensión condicional; y también es claro que para ellos debe llevar adelante “todas las actuaciones conducentes al éxito de la investigación” (artículo 96). Y puesto que no resulta rebatible sostener como el reconocimiento de los hechos de la acusación y de los fundamentos de la instrucción por parte del inculpaado debe considerarse un “éxito de la investigación”, resulta posible afirmar que el Ministerio Público podría establecer mecanismos que le permitan, en cumplimiento de sus funciones y para conseguir el éxito de la investigación, obtener del inculpaado el reconocimiento de los hechos fundantes de la acusación y sus antecedentes.

Claro que de allí no se deduce que tales “mecanismos” o actuaciones hayan de contemplar necesariamente la mediación entre ellos. Sin embargo, como hemos visto al analizar el procedimiento abreviado y la suspensión condicional del procedimiento, en los casos en que exista una víctima que se presente al juicio, su actuación podría desbaratar los acuerdos que alcance el Ministerio Público con el imputado, oponiéndose al procedimiento abreviado (artículo 467) e incluso apelando de la suspensión condicional del procedimiento decretada judicialmente (artículo 311). El riesgo que importan estas actuaciones para la eficiencia del sistema es demasiado importante como para simplemente “esperar que no lleguen a realizarse”. Es por ello que en tales casos, el ministerio público debiera preocuparse también de conseguir el acuerdo de la víctima que tiene representación en juicio, y aún de la que no la tiene, pues en tales situaciones, el ministerio público representa sus intereses como actor civil (artículo 72).

De allí que, “respecto” de las víctimas pueda afirmarse que el Ministerio Público, para el cumplimiento eficaz de sus funciones, debe propender a establecer mecanismos que permitan obtener el acuerdo de éstas, en los casos que sea necesario para solicitar una suspensión condicional del procedimiento o un procedimiento abreviado.

Con mayor razón pues, si se toma en cuenta el carácter de representante de la víctima en cuanto a la acción civil derivada del delito (artículo 72), debe preocuparse el Ministerio Público de que ésta obtenga la debida reparación del daño

sufrido, facilitándole las vías para llegar a un acuerdo reparatorio con el inculpaado, que no la arriesgue a asumir una posición de poder contra el débil, ni a sufrir las presiones del poderoso, como podría suceder en algunos casos, si tales arreglos se dejan entregados al arreglo particular entre víctima e inculpaado. Además, existe en este caso otra poderosa razón para que el Ministerio Público esté al menos en conocimiento de tales arreglos: evitar la desviación de recursos de investigación a actividades sin mayor sentido, por la existencia de un acuerdo entre la víctima y el inculpaado que extinguirá la acción penal y transformará en tiempo perdido la actividad investigativa que se hubiese realizado en paralelo, desconociendo la posibilidad de tal acuerdo.

Por tanto, es perfectamente posible, y se encuentra legalmente respaldado, que el Fiscal Nacional, en uso de su atribución de fijar “los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y las leyes”, y dictar “las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos”, determine que la UAVT organice y diseñe mecanismos que faciliten la obtención de los adecuados consensos que sean necesarios para recurrir con éxito al procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena y los acuerdos reparatorios, evitando el gasto de la realización de los juicios orales correspondientes.

Y esos mecanismos tendientes a obtener el

acuerdo entre víctima e inculpaado, tal como se explicase anteriormente, se conocen en la actualidad como procesos de mediación, en el ámbito de lo que se consideran alternativas de *diversión* de las respuestas a los conflictos sociales.<sup>39</sup>

Sin embargo, no es éste el lugar para realizar un análisis detallado de los pro y los contra de la mediación como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos,<sup>40</sup> ni de proponer el diseño concreto de funcionamiento del servicio de mediación dentro de la UAVT en el Ministerio Público, sino simplemente de constatar, cualquiera sea el diseño que en definitiva se adopte, la necesidad de implementar un mecanismo de esa clase para esperar algún grado de éxito en la aplicación de salidas alternativas al proceso penal y en el recurso a los procedimientos abreviados. Y de señalar, que en todo caso, tales mecanismos de mediación, conforme la experiencia acumulada al presente, han de reunir las siguientes condiciones: a) voluntariedad de los partícipes; b) reconocimiento de los hechos por parte del infractor; c) inmediatez en el tiempo.<sup>41</sup> Además, respecto del inculpaado, su presencia en el proceso de mediación debe facilitarse suspendiendo las actividades de investigación en su contra, de modo de fijar los hechos sobre que prestará su reconocimiento, lo que ha supuesto en Noruega y España la derivación de la mediación a una oficina diferente de la encargada de la persecución penal propia-

<sup>39</sup> Ayora, op.cit., p. 268.

<sup>40</sup> Al respecto, pueden verse las citadas obras de Funes, Larrauri y Ayora.

<sup>41</sup> Funes, Jaime, op. cit., p. 43.

mente tal (en nuestro caso sería la UAVT), evitando que en la mediación entre víctima y agresor intervenga el fiscal a cargo del caso.<sup>42</sup>

Determinadas de este modo las condiciones básicas de los mecanismos de mediación, es posible proponer el siguiente diseño tentativo de su incorporación a la organización y actividad del Ministerio Público, en el marco de la Reforma Procesal Penal en curso:

1. En cada fiscalía local, dotar la UAVT de un equipo de mediación, formado por profesionales que no cumplan funciones de persecución penal (fiscales adjuntos).

2. Cada vez que ingrese una denuncia o querrela, el Fiscal adjunto a cargo del caso evaluará las posibilidades legales de derivar el caso a un procedimiento abreviado, a su suspensión condicional o a un acuerdo reparatorio, teniendo en cuenta la naturaleza y los antecedentes penales del supuesto ofensor. En caso de dudas, recurrirá al equipo de mediación de la UAVT para asesorarse.

3. En cada fiscalía local, una vez recibida la evaluación del Fiscal adjunto, la UAVT debe ponerse en contacto con la víctima directa o indirecta que existiese, informándole no sólo de los resultados del procedimiento, sino de la forma en que puede intervenir en éste (artículo 137 a) y b) Proyecto), y particularmente, de la posibilidad de que mediante su participación en un mecanismo de mediación se ponga término al procedimiento sin llegar a un juicio oral, cuando se trate de un caso susceptible de ser derivado a un procedimiento abreviado, una

suspensión condicional o un acuerdo reparatorio, según corresponda.

4. Del mismo modo, habido que sea el inculpado, el fiscal a cargo le informará de las posibilidades que tiene, según corresponda, de acogerse a un procedimiento abreviado, una suspensión condicional del mismo o un acuerdo reparatorio, explicándole con claridad el significado de cada una de estas alternativas, y en particular que ellas importan en todo caso que, de ser exitosas, deberá reconocer los hechos de la acusación y los antecedentes en que se fundan.

5. Obtenido el acuerdo voluntario de víctima e inculpado para someterse a un proceso de mediación, y no existiendo otros cargos contra el inculpado, se suspenderán las actividades de investigación y se derivará el caso a los profesionales mediadores de la UAVT. En el proceso de mediación, por ser voluntario, no se permitirá sino cuando sea estrictamente necesaria la participación de los abogados de los partícipes.

6. Si el proceso de mediación concluye exitosamente, volverán los antecedentes al Fiscal adjunto, quien cerrará la investigación y se presentarán las respectivas solicitudes de procedimiento abreviado, suspensión condicional o acuerdo reparatorio que correspondan.

7. Si el proceso de mediación fracasa, pero se obtiene al menos el acuerdo del inculpado de someterse a un procedimiento abreviado o una suspensión condicional del mismo, según corresponde, el Fiscal adjunto cerrará la investigación y presentará al Juez de Garantía la respectiva solicitud.

<sup>42</sup> Larrauri, op. cit. p. 184.

8. Si el proceso fracasa totalmente, se proseguirá con la investigación hasta agotar los medios necesarios para concurrir al juicio oral respectivo.

9. Antes de someterse al proceso de mediación y, en caso de fracasar éste, se facilitará la comunicación entre el inculcado y su abogado defensor, antes de presentar cualquier solicitud al Juez de Garantía que involucre la aceptación de los hechos de la acusación y los fundamentos de la acusación.